

- **Expediente N.º: EXP202401554**

RESOLUCIÓN DE ARCHIVO DE ACTUACIONES

De las actuaciones practicadas por la Agencia Española de Protección de Datos y teniendo como base los siguientes

HECHOS

PRIMERO: Con fecha 19/12/2023, se presentó denuncia ante la Agencia Española de Protección de Datos contra el MINISTERIO DE INCLUSIÓN, SEGURIDAD SOCIAL Y MIGRACIONES con NIF S2801449F (en adelante, MISSM). Los motivos en que basa la denuncia son los siguientes:

Según el denunciante, tras la entrada en vigor, el 1 de junio de 2023, de la modificación del Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social (en adelante, TRLGSS), modificado por la Disposición Final Tercera de la Ley Orgánica 1/2023, de 28 de febrero, por la que se modifica la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo, se crearon tres nuevas modalidades de incapacidad temporal que solo afecta a las mujeres trabajadoras:

- Menstruación incapacitante secundaria.
- Interrupción del embarazo, voluntaria o no, mientras reciba asistencia sanitaria por el Servicio Público de Salud y esté impedida para el trabajo, sin perjuicio de aquellos supuestos en que la interrupción del embarazo sea debida a accidente de trabajo o enfermedad profesional.
- Gestación de la mujer trabajadora desde el día primero de la semana trigésima novena.

En el Boletín de Noticias RED 07/2023, de 16 de mayo, se especifican las instrucciones referidas al cálculo y a la comunicación en el sistema informático del Instituto Nacional de la Seguridad Social (INSS) de estas tres nuevas situaciones equiparándolas a los procesos de incapacidad temporal por contingencias comunes. En el mencionado boletín se concreta que el INSS comunicará a las empresas estas nuevas situaciones con los siguientes códigos: situación especial de IT 01 (incapacidad temporal por menstruación incapacitante secundaria), situación especial de IT 02 (incapacidad temporal por interrupción del embarazo) y situación especial de IT 03 (incapacidad temporal por gestación hasta el parto).

La parte denunciante afirma que, de este modo, la empresa recibe directamente de la entidad gestora de la Seguridad Social, sin el conocimiento ni el consentimiento de la trabajadora afectada, la información de que la causa de su baja médica ha sido la menstruación incapacitante, la gestación o bien la interrupción del embarazo.

La parte denunciante destaca que la transmisión de información entre la Seguridad Social y las empresas para la gestión prestacional de las situaciones de la incapacidad temporal por contingencias comunes no contiene ningún dato que permita revelar la enfermedad o patología concreta que aqueja a la persona trabajadora. Sin embargo,

en estas tres nuevas situaciones "especiales", el INSS si comunica a la empresa la causa concreta de la baja.

La parte denunciante considera que esta práctica constituye una vulneración el derecho fundamental de protección de las personas físicas en relación con el tratamiento de sus datos personales por la revelación directa y masiva de datos personales especialmente protegidos que afectan a la salud sexual y reproductiva de las mujeres trabajadoras.

SEGUNDO: Como consecuencia de los hechos conocidos, con fecha 31 de enero de 2024, la Directora de la Agencia Española de Protección de Datos instó a la Subdirección General de Inspección de Datos (SGID) a iniciar las actuaciones previas de investigación a las que se refiere el artículo 67 de la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales (en adelante, LOPDGDD).

TERCERO: La Subdirección General de Inspección de Datos procedió a la realización de actuaciones previas de investigación para el esclarecimiento de los hechos en cuestión, en virtud de las funciones asignadas a las autoridades de control en el artículo 57.1 y de los poderes otorgados en el artículo 58.1 del Reglamento (UE) 2016/679 (Reglamento General de Protección de Datos, en adelante RGPD), y de conformidad con lo establecido en el Título VIII, de la LOPDGDD.

Como consecuencia de las actuaciones realizadas, se ha tenido conocimiento de los siguientes extremos en relación con este caso concreto:

1. En fecha 09/07/2024 se recibe escrito del MINISTERIO DE INCLUSIÓN, SEGURIDAD SOCIAL Y MIGRACIONES de contestación a requerimiento de información de esta Agencia en el que se indica, entre otros, que:
 - Las situaciones de incapacidad temporal a las que la denuncia hace referencia presentan diferencias en cuanto al cobro del subsidio con respecto al resto de incapacidades temporales, lo que puede derivar en que la empresa conozca el motivo de la baja médica sin conocimiento de la trabajadora afectada.
 - Teniendo en cuenta que la competencia en materia de protección de datos sobre el caso del que se trata pertenece al Instituto Nacional de la Seguridad Social (INSS) se ha trasladado la petición de información a dicho organismo, que ha elaborado los informes de respuesta que se adjuntan.
 - Asimismo, se señala que el 20 de marzo de 2024 la AEPD trasladó al MISSM una reclamación en el marco del expediente *****EXPEDIENTE.1** que versaba sobre la misma materia. Añade que, finalmente, la reclamación fue, finalmente, inadmitida a trámite. Por ello, añade, aporta en el contexto del presente expediente, el informe de 19 de abril de 2024 elaborado con motivo de la anterior reclamación sobre la materia. Sin perjuicio de lo anterior, se señala que desde que se emitió el informe de 19 de abril de

2024, que se adjunta, el INSS ha estado trabajando en desarrollos en relación a la información de la situación especial de IT.

1. El informe de 19 de abril de 2024 al que se hace referencia en párrafos anteriores y que se adjunta por el MISSM junto a su escrito de contestación al requerimiento de información de la AEPD establece lo siguiente:

“(…)

1. Regulación situaciones especiales IT

La Ley Orgánica 1/2023, de 28 de febrero, por la que se modifica la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo, modificó los artículos 144, 169.1 a) párrafos segundo y tercero, 172 y 173 del Real Decreto Legislativo 8/2015 por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social, creando las nuevas situaciones especiales de incapacidad temporal (IT) por contingencias comunes por menstruación incapacitante secundaria, interrupción del embarazo y gestación de la mujer trabajadora desde el día primero de la semana trigésima novena. Estas situaciones especiales de IT entraron en vigor el pasado 1 de junio de 2023. Para el reconocimiento del derecho al subsidio por incapacidad temporal es necesaria la emisión de un parte médico de baja de conformidad con el artículo 2 del Real Decreto 625/2014, de 18 de julio, por el que se regulan determinados aspectos de la gestión y control de los procesos de incapacidad temporal en los primeros trescientos sesenta y cinco días de su duración. Por tanto, con esta medida se pretende una especial protección a estas situaciones.

2. Funcionamiento de los protocolos de comunicación con las empresas

El artículo 9 de la Orden 1187/2015, de 15 de junio, por la que se desarrolla el Real Decreto 625/2014, de 18 de julio, por el que se regulan determinados aspectos de la gestión y control de los procesos por incapacidad temporal en los primeros trescientos sesenta y cinco días de su duración, señala que los Servicios Públicos de Salud (SPS) remitirán al INSS los datos contenidos en los partes de baja, alta y confirmación por vía telemática y de manera inmediata. Esto último se materializa en la práctica a través del protocolo diario de partes entre los SPS y el INSS.

En este sentido, el Ministerio de Sanidad estableció los diagnósticos específicos en CIE-9 y CIE-10 para identificar las situaciones especiales de IT:

SITUACIONES ESPECIALES DE IT	DIAGNÓSTICO
<i>Menstruación incapacitante secundaria</i>	<i>CIE - 10: N94.5 CIE-9: 625.31</i>
<i>Interrupción del embarazo</i>	<i>CIE - 10: O02; O03; O04; Z33.2 CIE - 9: 631; 632; 634; 635</i>
<i>Gestación de la mujer trabajadora desde el 1º día de la 39ª semana</i>	<i>CIE - 10: Z3A.39; Z3A.40; Z3A.41; Z3A.42; Z3A.49 CIE - 9: 645; 645.1; 645.10; 645.13; 645.20; 645.23</i>

De esta forma, cuando el SPS correspondiente comunica al INSS, a través del protocolo diario, un parte médico de baja con alguno de los diagnósticos indicados en el cuadro anterior, INCA (la aplicación informática a través de la que se gestionan las incapacidades temporales) identifica el proceso de IT con el tipo de situación especial correspondiente en función del diagnóstico (“1. Menstruación incapacitante”; “2. Interrupción del embarazo”; “3. Gestación semana 39”). Desde el INSS se envía a la Tesorería General de la Seguridad Social (TGSS), a través del módulo 02N, un indicador con el tipo de situación especial que corresponda para que ésta pueda proceder al cálculo correcto de las peculiaridades de cotización del trabajador. Asimismo, el proceso de IT se comunica a la empresa a través del Fichero INSS Empresas (FIE), como cualquier otro proceso de IT, pero con un campo extra.

Se trata del campo denominado “Situaciones Especiales de IT” que tendrá los valores que se indican a continuación y, todo ello, con base al artículo 10 de la Orden 1187/2015, que indica que el INSS comunicará a la empresa a través del fichero INSS Empresas los datos identificativos de carácter meramente administrativo relativos a los partes médicos de baja confirmación y alta emitidos por los facultativos del servicio público de salud referidos a sus trabajadores y trabajadoras.

Situación Especial de IT
Valores posibles: 1. El subsidio se abonará a cargo de la Seguridad Social desde el día de la baja en el trabajo. No existe posibilidad de recaída. No se exige carencia. 2. El subsidio se abonará a cargo de la Seguridad Social desde el día siguiente al de la baja en el trabajo, estando a cargo del empresario el salario íntegro correspondiente al día de la baja. Existe posibilidad de recaída. No se exige carencia. 3. El subsidio se abonará a cargo de la Seguridad Social desde el día siguiente al de la baja en el trabajo, estando a cargo del empresario el salario íntegro correspondiente al día de la baja. Existe posibilidad de recaída. Se exigirá que la interesada acredite los periodos mínimos de cotización señalados en el artículo 178.1 del TRLGSS, según la edad que tenga cumplida en el momento de inicio del descanso. 4. Proceso de IT derivado de enfermedad común asimilado a AT para los efectos económicos. Existe posibilidad de recaída. No se exige carencia.

En ningún momento se indica de forma literal la situación especial (Menstruación incapacitante; Interrupción del embarazo; Gestación semana 39) que se corresponde con cada código. Solo se hace referencia a las peculiaridades que tienen esas situaciones especiales y que las empresas necesitan identificar para realizar el pago delegado de las prestaciones de IT a sus trabajadores, tal y como se detalla en el siguiente apartado.

Esta comunicación es imprescindible para materializar esta especial protección económica.



1. Peculiaridades de las situaciones especiales de IT: periodo de carencia, cuantía y responsabilidad del pago

Aunque la norma indica que estas situaciones especiales de IT derivan de contingencias comunes, se regulan con peculiaridades respecto del resto de situaciones, en lo que respecta a la exigencia de periodo mínimo de cotización, cuantía y responsabilidad del pago de la prestación, que hacen necesario una identificación específica de las mismas, tal y como se muestra en el cuadro adjunto:

SITUACIONES ESPECIALES IT	POSIBILIDAD DE RECAIDA	CONTINGENCIA	CARENCIA	NACIMIENTO PRESTACIÓN	DURACIÓN	CUANTÍA PRESTACIÓN	RESPONSABILIDAD DEL PAGO PRESTACIÓN
Menstruación incapacitante secundaria	NO, cada proceso se considera nuevo	Contingencia común	NO	1º de baja	La normal (hasta que el médico emita el PA)	1º a 20º día → 60% BR A partir 21º día → 75% BR	Desde 1º día → INSS/Mutua (paga la empresa en pago delegado)
Interrupción del embarazo	Sí	Contingencia común* (salvo que sea consecuencia de un AT/EP en cuyo caso será contingencia ¾)	NO	Días ss, baja, 1º día salario	La normal (hasta que el médico emita el PA)	1ª día → salario 2º a 20ª día → 60% BR A partir 21ª día → 75% BR	1º día → salario a cargo empresario Desde 2º día → INSS/Mutua (paga la empresa en pago delegado)
Gestación de la mujer trabajadora desde el 1ª día de la 39ª semana	Sí	Contingencia común	Sí (=ncym)	Días ss, baja, 1º día salario	Desde el inicio de la baja hasta la fecha del parto, salvo que la trabajadora hubiera iniciado antes un RE	1ª día → salario 2º a 20ª día → 60% BR A partir 21ª día → 75% BR	1º día → salario a cargo empresario Desde 2º día → INSS/MUTUA (paga la empresa en pago delegado)

Por lo que respecta a la responsabilidad del pago de las situaciones especiales de IT, el artículo 173 del TRLGSS señala que, en el caso de menstruación incapacitante secundaria, el subsidio se abonará a cargo de la Seguridad Social desde el día de la baja en el trabajo y, en el caso de interrupción del embarazo y semana trigésima novena de gestación, el subsidio se abonará a cargo de la Seguridad Social desde el día siguiente al de la baja en el trabajo, estando a cargo del empresario el salario íntegro correspondiente al día de la baja. Es decir, a pesar de que la norma indica que se trata de prestaciones de IT por contingencias comunes, la responsabilidad del pago difiere de la establecida en el párrafo 2º del art. 173.1 TRLGSS, razón por la cual a las empresas no les bastaría con conocer la contingencia, si no que, además, necesitan conocer el tipo de situación especial para poder efectuar correctamente el pago delegado a los trabajadores que causen alguna de estas prestaciones.

2. Conclusión y próximos desarrollos informáticos

Por tanto, las comunicaciones que realiza el INSS a las empresas no tienen la finalidad de trasladar o informar de las situaciones especiales desde el punto de vista del proceso de salud, sino la de permitirles aplicar la cobertura económica de estos procesos, que por decisión del legislador se han considerado de especial protección.

A la vista de la configuración legal de las nuevas situaciones protegidas, el INSS no tiene otra alternativa, ni otra forma de actuar que la seguida hasta el momento, ya que tiene que cumplir una previsión normativa que, con la finalidad de dotar de una mayor protección a determinados supuestos, implica una regla de pago diferente al resto de afiliados del sistema en situación de baja por contingencias comunes, pues la empresa debe aplicar esa forma de pago en la nómina mensual y a su vez aplicar esa regla en la liquidación de cuotas.

Esta entidad está analizando en qué modo puede solucionarse esta situación: así, se ha barajado plantear como alternativa que en estos casos la prestación pudiera hacerse efectiva en régimen de pago directo (en lugar de a través del pago delegado), lo que se ha descartado porque no comporta ninguna ventaja en términos de confidencialidad, dado que en una empresa en la que todos sus trabajadoras y trabajadores están en pago delegado, los 6 supuestos de pago directo se identificarían con estas situaciones especiales de IT; por otro lado, esta solución implicaría una mayor carga burocrática a las ciudadanas, dado que además de las gestiones con el SPS deberían realizar una solicitud de prestación al INSS o la Mutua que corresponda, y esperar a su resolución, lo que pudiera implicar en algunos casos, dependiendo también del momento de solicitud, la interrupción de rentas.

Descartado lo anterior, se está trabajando en el desarrollo de una nueva versión del FIE, en la que se refundirán los códigos 02 y 03, ya que la existencia de peculiaridades comunes en ambas situaciones especiales permiten su unificación en un código único, lo que ayudará a evitar que las empresas puedan identificar la concreta situación especial de IT determinante de la baja en los supuestos relativos a los dos códigos que se unifican.

(...) en el INSS se está desarrollando una nueva versión del FIE (Fichero INSS empresas) para refundir dos de los códigos que corresponden a estas situaciones especiales de IT, por lo que se disminuiría la información proporcionada a las empresas, ya que dos de las situaciones tienen características comunes, aplicando el principio de minimización de datos, tal como establece el artículo 5.1 letra d) del Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del

Consejo de 27 de abril de 2016 relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE (Reglamento general de protección de datos), cuyo literal dice que los datos personales serán: "c) adecuados, pertinentes y limitados a lo necesario en relación con los fines para los que son tratados ("minimización de datos")" (...)"

1. Como actualización respecto al último punto del informe de 19 de abril de 2024, en su respuesta de 9 de julio de 2024, se añade:

"(...) con fecha 11 de junio de 2024, se ha puesto en funcionamiento la nueva versión 4.0 del Fichero INSS Empresas (FIE). Entre las novedades más relevantes que conlleva esta nueva versión se ha procedido a cambiar el nombre del campo "Situaciones Especiales de IT" por "Procesos con peculiaridades en pago y cotización". Asimismo, se han agrupado los antiguos valores 02 y 03 en el valor 02, pasando a ser los valores posibles en la nueva versión 01, 02 y 04, no asociando estos valores numéricos con diagnósticos concretos".

FUNDAMENTOS DE DERECHO

I

Competencia

De acuerdo con las funciones que el artículo 57.1 a), f) y h) del RGPD confiere a cada autoridad de control y según lo dispuesto en los artículos 47 y 48.1 de la LOPDGDD, es competente para resolver estas actuaciones de investigación la Presidencia de la Agencia Española de Protección de Datos.

Asimismo, el artículo 63.2 de la LOPDGDD determina que: *"Los procedimientos tramitados por la Agencia Española de Protección de Datos se regirán por lo dispuesto en el Reglamento (UE) 2016/679, en la presente ley orgánica, por las disposiciones reglamentarias dictadas en su desarrollo y, en cuanto no las contradigan, con carácter subsidiario, por las normas generales sobre los procedimientos administrativos."*

II

Principios relativos al tratamiento

Los principios relativos al tratamiento de datos personales se encuentran recogidos en el artículo 5 del RGPD que propugna:

"1. Los datos personales serán:

a) tratados de manera lícita, leal y transparente en relación con el interesado («licitud, lealtad y transparencia»);

b) recogidos con fines determinados, explícitos y legítimos, y no serán tratados ulteriormente de manera incompatible con dichos fines; de acuerdo con el artículo 89, apartado 1, el tratamiento ulterior de los datos personales con fines de archivo en interés público, fines de investigación científica e histórica o fines estadísticos no se considerará incompatible con los fines iniciales («limitación de la finalidad»);

c) adecuados, pertinentes y limitados a lo necesario en relación con los fines para los que son tratados («minimización de datos»);

d) exactos y, si fuera necesario, actualizados; se adoptarán todas las medidas razonables para que se supriman o rectifiquen sin dilación los datos personales que sean inexactos con respecto a los fines para los que se tratan («exactitud»);

e) mantenidos de forma que se permita la identificación de los interesados durante no más tiempo del necesario para los fines del tratamiento de los datos personales; los datos personales podrán conservarse durante períodos más largos siempre que se traten exclusivamente con fines de archivo en interés público, fines de investigación científica o histórica o fines estadísticos, de conformidad con el artículo 89, apartado 1, sin perjuicio de la aplicación de las medidas técnicas y organizativas apropiadas que impone el presente Reglamento a fin de proteger los derechos y libertades del interesado («limitación del plazo de conservación»);

f) tratados de tal manera que se garantice una seguridad adecuada de los datos personales, incluida la protección contra el tratamiento no autorizado o ilícito y contra su pérdida, destrucción o daño accidental, mediante la aplicación de medidas técnicas u organizativas apropiadas («integridad y confidencialidad»)."

En el caso que nos ocupa, en el marco de los derechos relacionados con la salud sexual y reproductiva, la Ley Orgánica 1/2023, de 28 de febrero, modificó la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo introduciendo tres nuevas situaciones de IT por contingencias comunes referidas a la mujer trabajadora, en el artículo 169.1 del TRLGSS.

Aunque dichas situaciones se encuadran legalmente dentro del régimen incapacidad temporal por contingencias comunes, se conceptúan como situaciones especiales que presentan reglas específicas en lo que respecta a la exigencia de periodo mínimo de cotización, cuantía y responsabilidad del pago de la prestación.

Para la adecuada gestión de las prestaciones económicas derivadas de estos procesos de incapacidad temporal, reconocidas en el marco del sistema de Seguridad Social, la comunicación de datos personales entre el INSS y las empresas resulta imprescindible por razones jurídicas y funcionales.

En este marco jurídico concreto, el INSS, en cumplimiento de las obligaciones legales que tiene atribuidas como entidad gestora de la Seguridad Social, comunica a las empresas el proceso de IT a través del Fichero INSS Empresas (FIE), como cualquier otro proceso de IT, pero con un campo extra con objeto de permitir que la empresa pueda identificar adecuadamente la situación especial IT que requiera un tratamiento diferencial.

Además, de conformidad con el principio de minimización de datos, con fecha 11 de junio de 2024, se ha puesto en funcionamiento la nueva versión 4.0 del Fichero INSS Empresas (FIE). Esta nueva versión incorpora dos medidas orientadas a reforzar la protección de los datos personales y a limitar la información suministrada a lo

estrictamente necesario para el cumplimiento de la normativa vigente: se ha modificado el nombre del campo extra "Situaciones Especiales de IT" por "Procesos con peculiaridades en pago y cotización" y se han agrupado los antiguos valores 02 y 03 en el valor 02, pasando a ser los valores posibles en la nueva versión 01, 02 y 04, no asociando estos valores numéricos con diagnósticos concretos.

En definitiva, las actuaciones realizadas se enmarcan en un marco jurídico que prevé un régimen separado para este tipo de incapacidades temporales: por una parte, el artículo 169 del TRLGSS las define como "especiales", mientras que el artículo 173 de la misma norma consagra requisitos distintos para cada una de ellas. Lo anterior, conlleva, por tanto, una codificación administrativa separada y diferenciada que es conocida por el empresario a efectos de garantizar el adecuado proceso prestacional.

Por tanto, las comunicaciones que realiza el INSS a través del FIE no tienen por objeto informar de la situación especial de IT concreta del trabajador, sino trasladar a la empresa las peculiaridades de cotización de los distintos procesos de IT con el propósito de que puedan cumplir correctamente con su obligación legal de colaborar con la Seguridad Social en la gestión de las prestaciones por incapacidad temporal.

III

Conclusión

Por lo tanto, en base a lo indicado en los párrafos anteriores, no se han encontrado evidencias que acrediten la existencia de infracción en el ámbito competencial de la Agencia Española de Protección de Datos.

Todo ello sin perjuicio de las posibles actuaciones posteriores que esta Agencia pudiera llevar a cabo, aplicando los poderes de investigación y correctivos que ostenta.

Así pues, al no haber sido considerados contrarios a la normativa de protección de datos los hechos reclamados, de acuerdo con lo señalado, por la Presidencia de la Agencia Española de Protección de Datos,

SE ACUERDA:

PRIMERO: PROCEDER AL ARCHIVO de las presentes actuaciones.

SEGUNDO: NOTIFICAR la presente resolución al MINISTERIO DE INCLUSIÓN, SEGURIDAD SOCIAL Y MIGRACIONES.

De conformidad con lo establecido en el artículo 50 de la LOPDGDD, la presente Resolución se hará pública una vez sea firme en vía administrativa.

Contra esta resolución, que pone fin a la vía administrativa según lo preceptuado por el art. 114.1.c) de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, y de conformidad con lo establecido en los arts. 112 y 123 de la citada Ley 39/2015, de 1 de octubre, los interesados podrán interponer, potestativamente, recurso de reposición ante la Presidencia de la Agencia

Española de Protección de Datos en el plazo de un mes a contar desde el día siguiente a la notificación de esta resolución o directamente recurso contencioso administrativo ante la Sala de lo Contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional, con arreglo a lo dispuesto en el artículo 25 y en el apartado 5 de la disposición adicional cuarta de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, en el plazo de dos meses a contar desde el día siguiente a la notificación de este acto, según lo previsto en el artículo 46.1 de la referida Ley.

1245-120525

Lorenzo Cotino Hueso
Presidente de la Agencia Española de Protección de Datos